This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HL 3M87 Z
OR TX

DEL CONCETTO
DEL
DIRITTO NATURALE E DEL DIRITTO POSITIVO
NELLA
STORIA DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO

PROLUSIONE

AL CORSO DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

letta

NELLA REGIA UNIVERSITÀ DI ROMA

il dì 6 dicembre 1873

da

FRANCESCO FILOMUSI GUELFI

Professore straordinario di Filosofia del diritto nella Regia Università di Roma

NAPOLI

Stabilimento tipografico dell'Ancora

In S. Giorgio Maggiore

—

1874

S
ITA
906

HARVARD
LAW
LIBRARY

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

LUIGI LUCCHINI

Received December 20, 1930

Digitized by Google

DEL CONCETTO

DEL

DIRITTO NATURALE E DEL DIRITTO POSITIVO

NELLA

STORIA DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO

PROLUSIONE

AL CORSO DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

letta

NELLA REGIA UNIVERSITÀ DI ROMA

il dì 6 dicembre 1873

da

FRANCESCO FILOMUSI GUELFI

Professore straordinario di Filosofia del diritto nella Regia Università di Roma

NAPOLI

Stabilimento tipografico dell'Ancora

In S. Giorgio Maggiore

1874

Digitized by Google

FOR TX

F

DEC. 20, 1930

Digitized by Google

Signori

Non è senza trepidazione che assumo l'ufficio di dettare in questa Università un corso di filosofia del diritto. Le esigenze della filosofia e del diritto nel mondo moderno, le svariate e contradittorie pretensioni, che si affacciano da taluni rimpetto alla nostra scienza, infine il grido di molti in varie forme ripetuto, che non si vuole alcuna metafisica nelle scienze sociali, rendono il mio ufficio oltremodo malagevole, e richiederebbero ben maggiori forze, che non sono le mie. Ma mi conforta il pensare che non è tra voi, o Romani, che io debba udire ripetuto il bando della metafisica dalle scienze sociali. La vostra natura, adatta quant'altra mai a concepire ed attuare l'ordine giuridico, la stessa vostra posizione storica, essendo usciti da poco da un governo sacerdotale, debbono trarvi a guardare con amore la scienza, che poggiando sull'alta ragione che domina l'Universo, spiega e giustifica razionalmente il diritto di libertà, e reclama per sè piena ed assoluta libertà, perchè possa contribuire a raffermare il sacro

Digitized by Google

sentimento di essa, e la garentia suprema, che si rattrova nell' ordine giuridico. È un supremo bisogno dell' irrequieto spirito quello di spiegare le origini di ogni cosa; e se, secondo l'affermazione di Aristotile, la speculazione nacque per la meraviglia del mondo esteriore, si mantiene ora perennemente per la meraviglia di un mondo interiore ed umano, per la legge di continuità, che rannoda il pensiero passato al moderno, e per la necessità di un processo di sviluppamento della infinita potenzialità dello spirito. Oggi, come fin dalla più antica speculazione, l'uomo domanda a sè stesso il perchè della coazione; perchè mentre una forza istintiva lo spinge ad affermare la sua individuale potenza senza limiti e senza misura, una forza etica superiore al suo arbitrio pone limite e misura, e rende possibile l' organamento e l' organizzazione in un gran tutto. Questa forza è negli ordinamenti pratici il diritto. Ma se si consideri il diritto, conforme alla vecchia veduta dei sofisti, come il puro prodotto dell' arbitrio e della forza individuale, od alla nuova veduta materialista, espressa da Ludovico Knapp, come un puro fantasma, l' ordine giuridico sarebbe abbassato al puro grado fisico, gli istituti giuridici apparirebbero, come riflessioni di una fantasmagoria senza vita e senza ragione, ed il sentimento dell' umanità intorno ad un alto scopo da compiere nello stato non avrebbe spiegazione. Esso rimarrebbe un mistero incomprensibile, e la scienza non può ammettere il mistero nelle forme nelle quali compiesi la destinazione dell' umanità senza rinnegare sè medesima e l' umana natura. Nell' intera vita dell' uomo come singolo e come universale v' ha dunque una missione

Digitized by Google

etica, sacra e divina, che si rannoda all' ordinamento universale, e mediante la quale l' uomo liberamente attua il divino nel mondo. Nella realtà degli ordini pratici fa d' uopo rintracciare l'elemento assoluto, superiore all' arbitrio ed ai capricci, che accorda la necessità e la libertà, e che si rivela come la ragion suprema del diritto. È questo il compito della filosofia del diritto. Questa ricerca si è manifestata di buon' ora nella Storia sotto la distinzione di un diritto fondato sulla natura, o diritto naturale, e di un diritto fondato sulla sanzione dell'uomo, o diritto positivo; si è rannodando il mio ragionamento a questa vecchia distinzione di diritto naturale e di diritto positivo, che io intendo intrattenervi sullo sviluppo storico del concetto del diritto naturale in rapporto al concetto del diritto positivo.

Si è nella filosofia greca, questa ricca ed inesauribile sorgente di concetti, che si rinnovano e rammodernano nella speculazione di ogni tempo, che si trova stabilmente fissata l' idea di un diritto naturale, e di un diritto positivo. Si è già da altri tentato di spiegare questa distinzione, che ritorna ora ammessa ora negata nelle varie scuole della Grecia, con lo sviluppo della lingua ellenica. Ciò spiegherebbe che nel sentimento e nella coscienza nazionale greca si distinguessero di buon ora l' ordinamento e le leggi naturali dall' ordinamento e dalle leggi umane. È in Archelao, che dal punto di vista dell' indirizzo naturale della scuola ionica si afferma che giusto ed ingiusto non vengono dalla natura ma dalla legge (1). Qui il giusto, in conformità

(1) Conf. il mio scritto La dottrina dello stato nell'antichità greca ecc. §. 8.

Digitized by Google

della veduta nazionale ellenica, si confonde con ciò che è dato dalla legge positiva dello stato, come legge vivente, e si stacca dalla pura legge naturale, che si rivela nel mondo fisico. I Pitagorici considerarono il contracambio (ἀντιπεπονθός) come il giusto per sè, (ἁπλῶς δίκαιον); tuttavia non ci è trasmesso che essi distinguessero un giusto fondato sulla natura, ed un giusto fondato sulla legge, e la distinzione ritorna coi sofisti, che negano di nuovo che il giusto sia dato dalla natura, ed affermano che esso si fondi sulla legge (1). In Socrate, benchè non appaia espressa la distinzione di un giusto naturale e di un giusto positivo, se ne trovano le prime origini. Socrate non può dirsi il vero fondatore del diritto naturale o del ius gentium, perchè la distinzione del diritto dall' intero dominio etico è in lui sconosciuta, tuttavia nelle sue leggi non scritte, date da Dio ed universalmente osservate dagli uomini affermasi il carattere differenziale da un diritto posto nello stato e scritto (νόμοι πόλεως). Questa distinzione si accresce d'importanza, riguardando la posizione storica di Socrate rimpetto ai sofisti, poichè tutta la riforma socratica e la sua attività speculativa e pratica dirigevasi a lottare contro la sofistica, il cui concetto del giusto aveva contribuito a distruggere il sentimento etico di venerazione alla legge, carattere elevato e proprio del cittadino elleno (2). In Platone, benchè non si trovi espressamente ricordata la distinzione di un giusto naturale e di un giusto positivo, trovasi designato Dio (la suprema idea del

(1) Conf. lo scritto cit. in nota precedente §. 12.
(2) Conf. scritto citato §. 13.

Digitized by Google

Bene) come essenza della legge, ed il giusto vien da esso effettuato secondo natura. Ma si è in Aristotile dove la distinzione del giusto naturale e del giusto positivo è posta e designata in una maniera più scientifica ed in armonia di un grande sistema. Il giusto in sè (l'ἁπλῶς δίκαιον) è un μέσον, quindi una misura normativa. Il giusto in sè è preso nella universalità della sua determinazione, e ad esso si pone di rincontro il giusto in una data forma concreta nello stato (πολιτικὸν δίκαιον). Il giusto positivo presuppone adunque la forma concreta dello stato; ma il giusto positivo o è una pura determinazione della legge e si ha il giusto legale (νομικὸν δίκαιον) ovvero fondasi sulla natura (φυσικὸν δίκαιον). Il concetto adunque e la distinzione di un giusto naturale e di un giusto legale, fondato sul dettato legislativo, se erano nelle scuole anteriori apparsi, non furono fissati in una maniera scientifica se non nel grande sistema di Aristotile. La scuola stoica, che segna la decadenza dello spirito nazionale ellenico, e pone nettamente la distinzione di un triplice grado dominio, fisico, logico, ed etico, afferma che l'ultimo fondamento del diritto non è nella sanzione dello stato (θέσις) ma nella natura (φύσις), entro la quale il principio divino della ragione (il λόγος) esiste come legge immanente ed universale (νόμος ὁ κοινός, νόμος πάντων). Questa legge divina eterna ed immanente esiste diffusa negli uomini siccome retta ragione (ὀρθὸς λόγος). Di qui il famoso precetto degli stoici di vivere secondo natura. Contro il concetto che il giusto si fondasse sulla natura combattè la scuola dei più moderni accademici; sostenendo che non vi ha diritto naturale: ius natu-

Digitized by Google

rale est nullum, e che esso si fondi direttamente sulla legge positiva e sugli istituti dei popoli.

La missione speculativa nel mondo antico si esaurisce con lo spirito greco, e nell' antichità romana si affaccia una nuova missione, quella di affermare l' energia della volontà nel mondo dell'azione. Per quanto originale è lo spirito romano nella concezione e formazione del diritto dal lato della vita pratica e legislativa, altrettanto la speculazione filosofica sul diritto non si eleva sulla greca. Il più gran filosofo di Roma, Cicerone, riunisce in una forma ecclettica i dettati di Platone, di Aristotile e degli stoici, e tenta di applicare alla vita romana la speculazione greca. Negando a Cicerone l' originalità filosofica nelle sue ricerche etiche e politiche, non intendo di affermare la sua assoluta incapacità alla speculazione, e di non riconoscere alcun valore nelle sue opere filosofiche. Secondo Cicerone una lex naturae domina l' armonia mondiale, e come comando o divieto di essa si affaccia il ius naturae. La legge di natura, sempiterna, immutabile, a tutti comune, è somma ragione immanente nella natura; ed il precetto etico supremo è identico a quello degli stoici: Vivi secondo natura. Cicerone si distingue per l' esattezza con cui si sforza di pruovare l' indipendenza di un ius naturae dall' umano arbitrio, ponendo come contrapposto di esso il ius civile, il diritto positivo nel moderno senso. Nella vita romana intanto s' era già sviluppato di rincontro al ius civile, rigorosa concezione del sentimento giuridico dei vecchi Quiriti, un diritto più umano ed equo, il ius gentium. Il ius gentium nella forma positiva data dalla coscienza romana, ed

Digitized by Google

entrato nella pratica applicazione giudiziaria specialmente per opera dei Pretori, s'era affermato come un diritto più consentaneo all' umana ragione, e vestito di un carattere di uniformità presso tutti i popoli. Qui non è il luogo di ricercare fino a qual punto la nozione romana del ius gentium si possa ricondurre al diritto comune di Aristotile, o ad un diritto cosmopolitico degli stoici. Per quanto l' idea del ius gentium si possa ricondurre a questi due concetti, resta sempre l' originalità del suo carattere; dappoichè esso è destinato ad una applicazione positiva; a spingere il progresso giuridico; a modificare, abrogare il vecchio diritto; ed a dare al diritto romano l' alto valore, che lo pone come impareggiabile modello a tutte le legislazioni positive. Di fronte a questo concetto, dato dalla coscienza nazionale romana, spiegasi lo sforzo di Cicerone a determinarlo filosoficamente nei suoi rapporti al ius naturae ed al ius civile. Mentre il ius naturae fondasi direttamente sulla recta ratio, ed il ius civile sulla civilis ratio, ponesi di mezzo il ius gentium. Si afferma da taluni che Cicerone identificasse il ius naturae col ius gentium, da altri che per lui il ius gentium fosse un diritto positivo. Noi non dubitiamo di affermare, che Cicerone distinguesse il ius naturae dal ius gentium, concependo l' ultimo come un diritto, che nella sua manifestazione positiva si rivela con identico carattere presso tutti i popoli. Ma poichè l'identità e la comunità si rattrovano come identico carattere in quella duplice distinzione del diritto, nel loro rapporto ravvisasi in Cicerone un principio genetico; imperciocchè il ius naturae, come fondato sulla

Digitized by Google

recta ratio, si sviluppa e si determina nella forma positiva del ius gentium, che si mostra identico presso tutte le genti per l'identità dell'umana ragione.

Ai tempi di Cicerone si affacciavano gl'inizii di quel movimento scientifico nella sfera della giurisprudenza, il quale doveva portare nell'epoca seguente a quella splendida scuola, che designa il periodo classico della giurisprudenza romana. Io non intendo risolvere la quistione fino a qual punto i giuristi del tempo di Cicerone rimanessero estranei alla smania di filosofare, che in quel tempo invadeva Roma: quel che pare sicuro, secondo lo stato attuale delle sorgenti e della critica, è che la concezione filosofica non influisse in questo periodo sullo sviluppo reale della scienza giuridica, la quale entrava come una nuova fonte nella elaborazione del diritto, ed era destinata alla applicazione ed alla pratica della vita.

Nel seguente periodo trovasi la giurisprudenza romana ricca di tutti quei giureconsulti, che formano la scuola classica della scienza del diritto, e che si additano ancora come modelli impareggiabili pel senso e gusto giuridico. Qui si rinnova la dimanda dell'influenza della filosofia greca sul diritto romano. Questa influenza esagerata già dal Cuiacio e da tutta la scuola francese è stata poi assolutamente negata da altri, e la controversia non è oggigiorno del tutto sopita. La risoluzione della controversia sfugge ai limiti, dentro i quali debbe chiudersi il nostro ragionamento; ma poichè nella scienza giuridica della scuola classica rinnovasi la distinzione del diritto naturale e del diritto positivo, noi non possiamo cansarla del tutto per quanto riguarda il nostro tema.

Digitized by Google

Dal punto di vista degli apprezzamenti della filosofia del diritto sarebbe necessario ricomporre il pensiero filosofico giuridico di ciascuno dei giuristi romani, poichè una veduta filosofica non può contentarsi del nudo punto di vista dell' interpetre e del giurista positivo, che accettando i frammenti della compilazione giustinianea come pensieri dello stesso legislatore, può considerarli come parti integranti di un solo organismo, e dominati da un solo pensiero legislativo. L' unità del pensiero giuridico romano nei libri di Giustiniano è ricomposta da Giustiniano stesso. Ma se questa è la giusta posizione del giureconsulto, l' esigenza di una critica filosofica del pensiero giuridico romano menerebbe al tentativo di ricomporre il pensiero filosofico di ciascun giureconsulto. Di questa costruzione non esiste che un pregevole tentativo, quello del Voigt, che ricco di molto materiale storico lascia per altro ad una critica filosofica e più alta ancor molto a desiderare (1). Cosicchè nella impossibilità di seguire, modificare e correggere il Voigt nella ricomposizione delle singole teorie dei varii giuristi, noi scegliamo un altro punto di veduta in rapporto alla distinzione del diritto naturale e del diritto positivo, da essi ammessa. Questo punto di veduta ci è dato dalla coscienza nazionale romana, che operava attraverso la coscienza individuale dei singoli giuristi, e che in fondo riduceva ad unità nell' essenziale contenuto le loro differenti vedute e le loro concezioni svariate. Si è questa stessa coscienza nazionale, che ci fa accennare la risposta alla generale quistione sulla influenza della filosofia greca nella giurisprudenza romana. Lo spirito romano,

(1) Voigt Ius naturale, aequum et bonum etc.

Digitized by Google

eminentemente pratico, imprime lo stesso carattere alla scienza del diritto; cosicchè se si guardi il lato pratico e le regole pratiche della scienza giuridica dei romani, si afferma l'originalità del loro carattere e l'indipendenza da ogni esterno influsso; ma se si riguardi alla formazione speculativa scientifica, direi, e mi si permetta l'espressione, alla costruzione logica o formale nella scienza, che si rivela sopratutto nelle definizioni dei sommi principii, l'influenza della filosofia greca non può essere del tutto negata. Ora ricordando in complesso la triplice distinzione del ius naturale, del ius gentium e del ius civile, tentiamo di delinearne filosoficamente le differenze dal punto di vista della giurisprudenza romana.

Il complesso dei caratteri differenziali di una cosa è espressa dai giuristi romani col nome di natura rerum, e la legge che ne risulta è una lex naturae. La lex naturae regge ed accorda l'ordine dell'universo. La natura hominis è la naturalis ratio. Come comando positivo o proibente, derivante dalla lex naturae, è concepito il ius, quindi il ius naturale. Però del ius naturale è data una doppia concezione; l'una come di un diritto comune agli uomini ed agli animali (quod natura omnia animalia docuit), l'altra di un diritto immutabile, come misura eterna. (quod semper aequum ac bonum est). Il primo concetto è di Ulpiano, il secondo di Paolo. La concezione di un diritto comune tra uomini ed animali, presa nella rigorosa significazione, ripugna alla scienza, e non è ammisibile con la logica scientifica, che dominava il sommo giureconsulto, che ne ha trasmessa la definizio-

Digitized by Google

ne. Il ius naturale nel senso di Ulpiano non è che la determinazione della universale lex naturae, che si rivela dal lato materiale di certi rapporti identicamente nell' uomo e nell' animale, ma che in questo resta nella pura forma dell' istinto, ed in quello è elevato alla naturalis ratio. La naturalis ratio adunque, come la propria e vera natura dell' uomo, può solo essere il fondamento del diritto naturale, concepito come vero diritto umano. Come due forme del diritto positivo presentansi nella giurisprudenza romana il ius gentium ed il ius civile. A parte lo sviluppo storico del ius gentium, quale rivelasi nella coscienza romana, e come applicato da un proprio magistrato romano, il Pretore, la concezione filosofica del ius gentium ci è data da Gaio: Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Da questa definizione rivelasi il rapporto del ius naturale, preso nella significazione più ristretta, al ius gentium, come diritto positivo. Imperciocchè la naturalis ratio forma il constitutivum del ius gentium, e la eguale osservanza presso tutti i popoli ne è il consecutivum. Si è la identica essenza della naturalis ratio, che dà al ius gentium il carattere di un diritto comune, secondo le stesse parole di Gaio (quasi quo iure omnes gentes utuntur). Come altra forma del diritto positivo presentasi il ius civile, come costituzione autonoma di un dato popolo (quod quisque populus sibi ius constituit), e come proprio di un certo stato (proprium civitatis). Il diritto positivo rivelasi

Digitized by Google

sotto forma di voluntas populi tacita od espressa, quindi le varie fonti o sorgenti del diritto (consuetudine, legge). Mentre il ius gentium fondasi direttamente sulla naturalis ratio, il ius civile fondasi sulla civilis ratio, e mentre nel ius naturale nel senso di Paolo si ha il carattere di una immutabile misura nei rapporti (semper aequum ac bonum), cosicchè l'aequitas si confonde col ius, nel ius civile prendesi in considerazione la contingenza dei rapporti, l'occasio secondo l'espressione romana, che determina in una maniera filosofica, e niente affatto materialista il vero concetto dell'utilitas. Se dunque nel pensiero greco la distinzione di un diritto naturale e di un diritto positivo trovasi affermata dal puro lato speculativo, nel mondo romano si affaccia nei suoi rapporti con la pratica, entra nel campo strettamente giuridico, e compenetra le applicazioni della vita nei diversi istituti; applicazioni, che noi rimandiamo ad altri insegnamenti. Quel che importa dal lato del rapporto del diritto naturale al diritto positivo, si è l'osservazione di Ulpiano, che il diritto civile non si scosta del tutto dal diritto naturale, ma non lo segue servilmente, aggiungendo o detraendo al suo contenuto.

Nel Medio Evo entra nella Storia del mondo un nuovo elemento, ed all'antico Ethos storico, realizzato nell'antichità greca e romana sotto la forma politica, si afferma un nuovo Ethos, che assume il carattere storico sotto la forma religiosa. La vecchia distinzione di un diritto naturale e di un diritto positivo si trasfonde nel Medio Evo; la volontà del Dio personale, espressa nella parola rivelata, è la fonte del diritto naturale. In

Digitized by Google

questa volontà suprema ed assoluta trovasi il tipo della legge dello stato, il cui ideale rispetto alla Chiesa, interpetre e gelosa conservatrice di essa, è profondamente abbassato. Sotto la forma di un dommatismo teologico i Padri della Chiesa sviluppano la teoria del diritto naturale e del suo rapporto col diritto positivo. S. Ambrogio, che ci presenta un compiuto sistema etico sul fondamento della charitas, pone la lex naturae nell' obbligo di reciproco aiuto tra gli uomini, siccome membri di un gran corpo. Nell' adempimento della lex naturae trovasi la vera utilità del soggetto, la quale, pei rapporti che legano il singolo al tutto della umanità, è utilità per tutti. Ogni danno recato al simile è una violazione della legge di natura. Il diritto positivo è in contrapposto con la lex naturae. Così mentre secondo questa ogni cosa è comune, il ius privatum origina dalla usurpatio. In S. Agostino rivelasi una più profonda concezione del diritto assoluto, armonizzato coi principii etici e scientifici della Religione cristiana. In lui di fronte alla legge variabile e temporanea dello stato è la legge eterna, come ragione divina. La ragione o la volontà divina impone la conservazione dell' ordinamento della natura e vieta la sua distruzione. Tale ratio divina, impressa da Dio nel cuore dell' uomo, è per Pietro Lombardo, il magister sententiarum, la lex naturalis, come fondamento del ius naturale.

La speculazione filosofica nel Medio Evo raggiunge il suo più alto grado in S. Tommaso, che svolge dialetticamente l' idea di una lex aeterna, già apparsa in S. Agostino. La lex aeterna è concepita come ragio-

Digitized by Google

ne normativa, esistente nella mente di Dio. Tutto l'universo è dominato dalla suprema ragione di Dio, che diventa in rapporto all'uomo norma suprema dell'azione. In quanto S. Tommaso ammette nei pagani la possibilità della distinzione tra bene e male, tra giusto ed ingiusto, e quindi una limitata conoscenza del bene e del giusto, ammette una legge di natura. Ma di fronte alla lex aeterna si afferma una profonda concezione del diritto positivo. La legge positiva vien definita come lex quaedam ab hominibus inventa, ma si sviluppa dalla ragione speculativa, da certi alti principii in certe alte conseguenze, come prescrizione della ragion pratica del legislatore. Poichè la lex aeterna, conosciuta dalla ragione speculativa, non è colta in tutte le sue particolarità, la ragion pratica si versa a preferenza sulle accidentalità delle umane azioni, e quindi le leggi umane non possono raggiungere l'assoluta certezza. Così la lex aeterna, come ratio in Deo existens, come ratio aeternae sapientiae, è la stessa che la voluntas Dei, ed è il tipo delle leggi positive, che da essa derivano in quantum partecipant de ratione recta. Tutto ciò che cade nella sfera dell'umana ragione presentasi come lex naturalis, e da essa deriva il iustum che contiene l'egualità dei rapporti tra gli uomini in una certa misura. A S. Tommaso rannodansi gli altri minori pensatori, che seguono l'indirizzo teologico cristiano nella speculazione del Medio Evo.

Il movimento scientifico e letterario del risorgimento prepara una nuova vita alla speculazione filosofica sul diritto, e dalla riforma in poi il diritto naturale

Digitized by Google

incomincia a poco a poco a spogliarsi del carattere teologico, concependosi il suo rapporto al diritto positivo in una maniera più profonda e più scientifica. Melantone, riformatore, teologo, dottore non si stacca compiutamente dalla scuola teologica, tratta il dritto naturale intimamente fuso nella filosofia morale, ma afferma il giudizio della ragione nella sua dichiarazione. La legge naturale, dalla quale il dritto naturale deriva, ha una doppia rivelazione, l'una puramente naturale, l'altra positiva nella Chiesa; cosicchè il dritto naturale da un lato è impresso da Dio nel cuore dell'uomo, dall'altro è rivelato, contenendosi nel decalogo. Il dettato del ius naturale deriva dalla sapienza di Dio, ed ha il carattere della immutabilità, perchè i suoi fondamenti sono assoluti e necessarii, mentre il dritto positivo non ha che fondamenti possibili; tuttavia, secondo la concezione di Melantone, il dritto positivo non può opporsi al dettato del diritto naturale, ma può solo aggiungervi per esterne circostanze, come motivi di utilità. Il diritto positivo si rivendica da Melantone allo stato, affermando che la Chiesa non dee dettar leggi, ma migliorare i costumi. Una nuova esigenza si afferma in Oldendorp. Egli distingue il ius naturale dal ius civile, e vuol ricondurre il secondo al primo. Mentre il ius naturale fondasi sopra una cognizione naturale (naturalis notitia) di una legge divina, il ius civile non è che una determinazione del diritto naturale (determinatio iuris naturalis). In questa cognizione naturale trovasi la retta ragione, che diventa forza della natura umana, nella quale debbe trovarsi il fondamento del diritto naturale. Tuttavia Ol-

Digitized by Google

dendorp non ha coscienza del merito del suo principio, e seguita a ritenere, conformemente alla vecchia veduta teologica, che il decalogo è l'espressione del diritto naturale. Così egli non può trarre tutte le conseguenze dal suo principio razionale, che il ius civile sia una determinatio iuris naturalis. Hemming segna un nuovo progresso. Egli afferma che la legge è impressa nel cuore dell'uomo, ma essa dee essere derivata e pruovata mediante l'autorità della ragione. Hemming esige che questa derivazione debbe essere fatta dialetticamente, e quindi chiarisce la necessità di una metodica nella derivazione suprema del diritto. Il diritto positivo si appoggia sull'autorità dei Principi, ma fondasi sopra una ragione immobile e ferma. Questa immota ac firma ratio forma l'elemento identico, che si rattrova nel diritto positivo, come il diritto dettato secondo le speciali circostanze. In tutta la deduzione dell'Hemming rivelasi il nuovo carattere scientifico, l'indipendenza della ragione nella derivazione del diritto naturale, che egli sviluppa nella concezione di una teleologia umana, e connettendola alla concezione organica del mondo ed a fondamenti e dottrine psicologiche. Il progresso prosegue in Winkler, che dal lato del diritto naturale è il più vicino precursore di Grozio, come dal lato del diritto delle genti lo è Alberico Gentile. Winkler combatte l'opinione, che il dritto naturale non derivi da una eterna legge, e che dritto naturale non esista; e prosegue il tentativo di fondare il dritto naturale sulla ragione, non separandolo compiutamente da Dio. Il diritto deriva da Dio, ma discende negli uomini a mezzo della ragione e della natura. In que-

Digitized by Google

sto modo l'elemento divino si trova in unione con l'uomo, e spiegasi razionalmente il principio, che il dritto di natura è impresso nel cuore dell'uomo. La legge eterna, come fonte del diritto naturale, è la volontà di Dio, ma in quanto essa è pensata e conosciuta è una ragione umana. Winkler ammette il domma della caduta, ma afferma che il dritto naturale è rimasto immutato anche dopo di essa, come comando della ragione, o della legge della ragione. Ma in quanto l'uomo è spinto per natura alla società (ut naturaliter famuletur) si richiede un ordinamento, che la organizzi: ciò che mantiene e conserva l'ordinamento sociale è secondo il Winkler il ius civile, il diritto positivo. Come ultimo modello rimane la lex divina, della quale il ius humanum nella doppia forma di ius naturale e di ius civile non è che immagine (imago iuris divini). Nella direzione legislativa, e quindi nella pratica formazione del diritto, Winkler esige che si considerino le particolari condizioni sociali, ed i riguardi politici, ed afferma che sotto un tal punto di vista tra la Politica e la Giurisprudenza vi è una certa parentela. Da Melantone a Winkler vi è un continuo progresso: l'antico principio teologico della giustizia essenziale dà luogo al nuovo principio della socialità, ed è sotto questo punto di veduta che Winkler pone i rapporti tra il diritto naturale ed il diritto positivo.

Lo sviluppo del pensiero filosofico per la ricerca della ragion suprema del diritto mena a Grozio, il vero fondatore del diritto naturale, il più profondo rappresentante del principio della socialità. Al vecchio principio

Digitized by Google

della giustizia essenziale, Grozio contrappone l'istinto della socialità (appetitus societatis). Il ius naturale è un dettato della retta ragione per la garentia di una società tranquilla (1). Fa d'uopo derivare e pruovare il ius naturale dalla ragione, che forma l'essenza propria dell'uomo. La pruova è doppia: la pruova a priori, che consiste nella deduzione del diritto dall'essenza ragionevole dell'uomo, che si rivela nell'istinto della socialità, ed a posteriori, che consiste nella coscienza intera dell'umanità, quale si rivela nei poeti, filosofi, storici. La più gran pruova del diritto naturale si ha dalla coscienza dell'antichità classica. Grozio nega alla scrittura il carattere di sorgente del diritto naturale, e benchè considerasse Dio e l'umana ragione come le fonti del dritto naturale, afferma che il dritto naturale esisterebbe, anche quando non esistesse Dio. Questa proposizione, dannata come empia dagli oppositori di Grozio appartenenti alla scuola teologica, fissa l'indipendenza del diritto naturale e dell'umana ragione da ogni volontà divina. Ciò che costituisce l'essenza dell'uomo è la ragione, ed è possibile il diritto e la sua conoscenza anche senza la rivelazione. Il diritto esiste dunque a causa della necessità ed universalità della ragione. Ma mentre il diritto naturale deriva direttamente dalla umana natura, il diritto civile nasce dalla comune volontà di più uomini, e presuppone lo stato. Non è solo il bisogno di autarchia, che crea lo stato, e la garentia pratica della vita sociale, ma la volontà: l'uomo non solo ha bisogno, ma vuole vi-

(1) Vedi Hartenstein Darstellung der Rechtsphilosophie des Hugo Grotius Leipsig 1850, e Thilo Die theologisirende Rechts-und Staatslehre.

Digitized by Google

vere nello stato. Il dritto positivo umano è quindi concepito nei suoi essenziali caratteri, come un ius voluntarium, in contrapposto del diritto naturale, che è un ius necessarium. Per quanto la concezione del diritto naturale ha fatto nella scuola di Grozio un progresso, altrettanto rimane incompiuta la nozione del diritto positivo, e quindi non spiegata la generazione delle forme concrete del diritto.

Tralasciando gli oppositori di Grozio, che rannodansi alla vecchia scuola teologica, Hobbes da un punto di vista opposto dal principio della socialità, ma sviluppando la scuola del diritto naturale, offre un armonico e compiuto sistema, benchè falso nelle sue fondamenta. Il sistema di Hobbes rivela un grande intelletto ed un grande pensatore. Il diritto naturale non si fonda sull' istinto della socialità, come in Grozio, ma sulla paura. Lo stato di natura è una guerra di tutti contro tutti: tutti hanno dritto su tutto (1). Da questo stato si esce per la necessità della difesa delle utilità individuali, e per la garentia dell'onore. Il principio della garentia dell'onore corregge il sistema di Hobbes, e gli dà un carattere ideale ed etico, che rimarrebbe assolutamente negato nel solo elemento dell' utile. La società che per Grozio è derivata naturalmente, per Hobbes è un istituto artificiale; nel primo essa si afferma come determinazione e sviluppo dello stato di natura, nel secondo come negazione di esso. Il ius naturae è un dictamen rectae rationis, in quanto impone la necessità della garentia e della pace,

(1) Conf. Hinrichs Geschichte der Rechts-und Staatsprincipien seit der Reformation bis auf die Gegenwart vol. 1. p. 129.

Digitized by Google

e quindi il primo imperativo giuridico è: cerca la pace. Umana natura, dice Hobbes, e dritto di garentia dell'uomo sono identici; quindi il dritto di garentia, preso nel suo complesso, è il diritto originario, o il diritto naturale. Nascendo lo stato dall'accordo causato dall'istinto della paura, la legge di eguaglianza dello stato naturale cangiasi in legge di ineguaglianza. La legge positiva rappresenta l'alta volontà e l'alta ragione dello stato, personificata nel sovrano, e come garentia della pace e della società, è in pieno accordo col supremo dettato del diritto naturale. Hobbes del resto concepisce un'antitesi tra la legge naturale ed il diritto naturale, cosicchè mentre la legge dello stato è una legge naturale, egli afferma che essa non detrae alla legge naturale, ma al dritto naturale, concepito come il dritto originario di uno stato di natura, di uno stato di diffidenza, di paura e senza sicurezza. Il gran merito di Hobbes è l'aver affermato con precisione l'elemento della garentia dell'ordinamento etico e sociale mercè il diritto: il suo difetto nella finzione di uno stato astratto di natura e nel concetto dello stato, come un puro istituto artificiale. Questo difetto alterando il vero concetto del diritto naturale, ponendo un'antitesi tra diritto e legge, facendo concepire la legge positiva come legge, che pur non detraendo alla legge naturale e legge naturale essa stessa, detrae al diritto naturale, non fa cogliere ad Hobbes, nemmeno in una forma immediata, il giusto rapporto tra il diritto naturale ed il diritto positivo.

Leibnitz pronunziò un severo giudizio contro Pufen-

Digitized by Google

dorfio: lo disse minime philosophus, et parum iuris consultus, ed il giudizio di Leibnitz è stato il fondamento del giudizio di molti storici. Pufendorfio è determinato dalla critica, fatta dai teologi e dai giuristi al nuovo principio della socialità di Grozio sotto l'influenza del vecchio principio della giustizia essenziale. Egli tenta di risolvere i due principii in una unità superiore, ma questo tentativo è fatto a scapito dello sviluppo stesso del diritto naturale. Pufendorfio dice: Dio ha fatto l'uomo un animale sociale. Da questo principio egli deriva, che il dritto naturale fondasi sulla recta ratio, che spinge alla società come legge di Dio, e che quindi come conforme alla natura razionale dell'uomo è condizione suprema di una societas pacifica et honesta. L'ultima ragione del diritto è dunque una impositio numinis, senza della quale non si avrebbe onestà o turpitudine. Di fronte a questa concezione del diritto, filosoficamente inferiore al concetto di Grozio, e per la spiegazione dello stato, siccome fondato sul contratto, la legge positiva apparisce come la nuda espressione del comando del legislatore, e diventa norma dell'azione solo in quanto è la forma concreta della volontà di un alto potere. Il dritto positivo dunque, secondo il Pufendorfio, si distingue dal diritto naturale, in quanto questo fondasi direttamente sulla ragione, come norma di Dio, e quello trova il suo ultimo fondamento nella prescrizione del legislatore. Così mentre il dritto naturale è assoluto, identico ed universale, il diritto positivo è ipotetico, mutabile, e particolare, adattandosi alle condizioni nazionali secondo i dettati della utilità.

Digitized by Google

Non è a ricordare, in rapporto al nostro tema, l'opposizione dei teologi al sistema della socialità in generale, ed a Grozio in particolare, nè la modificazione del principio teologico della giustizia essenziale in quello della integrità, come stato storico dell'umana natura; modificazione operata sotto l'influenza del principio socialista; nè infine la veduta più profonda del Leibnitz, che il dritto si fondasse sulla essenza e non sulla volontà di Dio, ligato per conseguente alla legge della sua essenza: il che ha fatto dire giustamente allo Zimmermann che Dio nel sistema filosofico giuridico del Leibnitz è un Re costituzionale (1).

Tomasio l'autore della distinzione tra morale e dritto, dubbio merito secondo alcuni, il suo più gran merito secondo altri, tenta anche egli nei suoi primi scritti un accordo tra il principio della socialità e quello dell'integrità, ma nei suoi ultimi lavori presenta un sistema più compiuto di diritto naturale, e riferma il merito della vecchia scuola del diritto naturale di derivare il diritto dalla ragione indipendentemente da ogni rivelazione. Ammette uno stato di natura, che non è nè uno stato di guerra, nè uno stato di pace, ma confusum chaos. Le azioni umane debbono essere soggette ad una norma: il diritto è la norma che ordina le esterne azioni, e garentisce la esterna pace. Esso o si fonda sulla natura indipendentemente da ogni umano volere, ovvero si deriva da leggi umane o patti: il primo è norma iuris naturalis, il secondo è norma voluntatis humanae, e deriva ex iure humano. Il dritto in senso subiettivo, che deriva dal ius naturale, è un

(1) Das Rechtsprincip bei Leibnitz 1852.

Digitized by Google

ius innatum, quello che deriva dal ius humanum è un ius acquisitum. Il fondamento della distinzione tra il ius naturale ed il ius positivum è il principium cognoscendi, imperciocchè mentre il diritto naturale si deriva dal ragionamento (ex ratiocinatione animi tranquilli), il dritto positivo si conosce mediante la pubblicazione: il dritto di natura è dunque impresso nel cuore dell'uomo, e non ha bisogno di rivelazione positiva.

Wolfio sul fondamento etico della perfezione segue lo stesso indirizzo della scuola del diritto naturale, ma confonde di nuovo, dopo la distinzione fatta da Tomasio, dritto e morale. Egli pretende di derivare il dritto naturale dalla natura hominis con una deduzione rigorosa (continuo nexu). La natura stessa ha stabilito un sacro diritto tra gli uomini e tra i popoli. La legge di natura impone all'uomo di fare tutto ciò che conducè alla sua perfezione, che è perciò il bene; il diritto naturale per conseguente, che si fonda sulla umana natura, dee essere la norma di ciò che debbe farsi, e di ciò da cui l'uomo debbe astenersi. Dritto e dovere nascono dalla stessa radice, dalla legge dell'umana natura, ed in quanto Dio ha fatte le cose nella loro natura, il dritto naturale ha l'ultimo fondamento in Dio. Dall'obbligo derivante dalla legge di natura nasce il principio etico e giuridico di Wolfio: Perfice te ipsum. Però se il dritto naturale fondasi sull'umana natura, il dritto positivo fondasi sulla volontà di una essenza ragionevole; e mentre il dritto naturale si deduce mercè l'intelligenza, il dritto positivo ha bisogno di promulgazione. Il dritto naturale, come necessario ed

Digitized by Google

immutabile si trova presso tutti i popoli; ma nascendo lo stato dall' accordo per procurare i mezzi complessivi della vita, la suprema legge dello stato è la salus publica, e la sovranità, investita del diritto di determinare ciò che conduce al pubblico bene, detta la legge positiva, che è per conseguente variabile secondo la diversa natura dei popoli. Del resto essa non può mai opporsi alla legge naturale.

Non è qui il nostro compito di determinare il valore di Spinoza dal lato dello sviluppo della filosofia teoretica, nè di sottoporre ad una valutazione il pronunziato di Leibnitz, che la teoria etica di Spinoza sia una doctrina pessime notae. Si è affermato dal Thilo, che la teoria di Spinoza non ha avuto un diretto influsso sulla dottrina del diritto naturale; tuttavia essa apre un nuovo punto di veduta quanto alla reciproca posizione del diritto naturale e del diritto positivo. È noto il contenuto della dottrina spinoziana, che identifica la forza e la potenza ed il diritto. Dio, come l' unica sostanza, delle quali le cose sono modi, ha dritto su tutto: la manifestazione delle volontà individuali (il potere singolo dell'uomo) ha tanto di diritto, per quanto in essa si manifesta dell' alto potere della sostanza; tuttavia le individuali forze e diritti non avrebbero manifestazione senza l' accordo, che costituisce l' alta forza ed il più alto dritto. Così è concepito lo stato, come un tutto meccanico, ed il dritto, come la forza, che contemporaneamente conserva il tutto e le parti, che lo compongono. Il ius naturae è l'ipsae naturae potentia, mediante la quale è possibile la conservazione e la felicità dell' individuo armonizzandosi con la forza dello stato.

Digitized by Google

La manifestazione legislativa dello stato è per conseguenza secondo Spinoza una manifestazione della sostanza della natura, ed ogni violazione del ius civile è da lui considerata come violazione dello stesso ius naturae. Così il dritto positivo non è restrizione di una libertà naturale, ma condizione della stessa libertà, condizione della realizzazione stessa dell'alta e somma potenza della natura. In tutto lo sviluppo storico segnato si è manifestata più o meno un'antitesi tra il diritto naturale ed il dritto positivo, senza che si fosse trovato un punto originario di accordo; in Spinoza vi ha perfetta equivalenza. Però questa immediatezza di equivalenza è appunto il suo gran difetto. Io ho posto lo Spinoza dopo Grozio, Hobbes, Pufendorfio, Tomasio e Wolfio, perchè mi è sembrato col Geyer (1), che Spinoza è isolato in mezzo al suo tempo. Egli accenna con l'immediatezza della equivalenza di Dio e delle cose, del ius naturae e del ius civile alla necessità di uno sviluppo e di un movimento, come unità originaria delle due nozioni.

Contemporaneo di Spinoza ma in una direzione del tutto opposta apparisce il Loke, che fonda tutto il sistema etico derivandolo dall'impulso della felicità. Nello stato di natura vi è una legge di natura a difesa della vita, della libertà e degli altri diritti originarii; ma questa difesa non è accompagnata dalla forza, e non vi ha pena per la sua violazione. Poichè la difesa non può rinvenirsi nello stato di natura, nasce lo Stato per l'accordo della difesa con la forza, e quindi l'atti-

(1) Geyer Geschichte und System der Rechtsphilosophie p. 42. Innsbruck 1863.

Digitized by Google

vità punitiva di esso. Così tutto il dritto positivo in Loke riducesi ad un dritto penale. Anche il Montesquieu ammette uno stato di natura, dove domina la legge di eguaglianza sul fondamento dell'umana ragione. Le leggi positive non sono che casi particolari, sui quali si applica la ragione umana. Rosseau chiude la serie degli scrittori del vecchio dritto naturale. Poichè il principio fondamentale del Rosseau è la libertà inalienabile, uguale per tutti, il dritto di libertà inalienabile è il supremo dritto di natura; e poichè dallo stato di natura, che è presupposto alla società, si esce mercè un contratto, che contiene l'assoluta alienazione della libertà di ciascuno in favore di tutti, con che ciascuno si reintegra nella sua libertà, il dritto positivo non può esistere che come espressione della volontà generale, la volontà del popolo. La legge positiva è l'alto ufficio della sovranità del popolo, inalienabile ed indivisa. A parte il merito del Rosseau come scrittore politico, avverso alle vecchie idee di governo servile, e cooperatore del movimento irresistibile dell'idea, che menò alla rivoluzione francese, ed il grave errore di uno stato estrasociale, e della concezione del dritto, fondata su una volontà arbitraria, la Storia della filosofia del diritto dee a lui se all'individuale volontà del legislatore, come contenuto della legge positiva, si sostituisse la volontà del popolo; volontà che sotto altre forme, e concepita non come arbitrio e capriccio, ma come volontà di un tutto etico, esprime il vero carattere del diritto formulato in legge.

Uno scrittore tedesco di storia della filosofia del diritto

Digitized by Google

il Rossbach ha rannodato Vico a Montesquieu (1). Io non voglio far paragone di grandezza tra due grandissimi, nè decidere, come pur si sospetta, se Montesquieu avesse avuta conoscenza della scienza nuova prima della pubblicazione del suo classico libro; ma è debito di onore nazionale rivendicare a Vico il posto, che gli spetta nella storia, senza esagerate ammirazioni e senza idolatria. Vico è anch' esso isolato nel suo tempo e senza continuatori; ed è questa la ragione, per la quale io lo pongo compiuto tutto lo sviluppo della vecchia scuola del diritto naturale. Vico è in mezzo ad un mondo d' idee, che rovina, e ad un mondo d' idee nuove, il mondo nostro. Vico nelle sue prime opere non si stacca compiutamente dall' elemento teologico nel diritto, parla di una natura integra, e di una natura corrotta, si rannoda a S. Agostino, al principio della giustizia essenziale ed a quello più recente della integrità. Nel suo classico libro De uno universi iuris Principio et Fine uno è già accennato un nuovo principio, che poi si compie nella Scienza nuova. Vico nel primo libro concepisce da un lato la ragione, come la conformazione della mente con l'ordo rerum, che è eterno, e quindi generasi il verum; mentre dall'altro lato stabilisce il certo nella fermezza della coscienza spoglia di dubbii, generata dall' auctoritas; ma l' autorità non è arbitrio e capriccio, ma parte della ragione. L' universale principio del dritto naturale è il verum: l' idea veri è la formula naturae, come dettato del diritto naturale. Il vere vivere è l' imperativo supremo del diritto naturale,

(1) Die Perioden der Rechts-Philosophie §. 191.

Digitized by Google

equivalente al vivere secondo natura. La vera natura dell' uomo è nella ragione; il diritto naturale è dunque fondato sulla ragione, ed è la materia del dritto positivo come ius voluntarium. Il dritto positivo trova una delle sue forme nella legge. Vico distingue in ogni legge il vero dal certo, il primo come necessario attributo del diritto naturale, che è un ius necessarium, l'altro come qualità del diritto positivo, del ius voluntarium. Ma il certo non può concepirsi senza qualche parte del vero, che è colta dal legislatore, e trasfusa nella forma del certo, come diritto positivo. L' utilità non è causa del diritto, ma conformemente al dettato di Pedio, riferito da Ulpiano, solo una bona occasio di esso. In Vico si tenta il primo accordo tra il dritto razionale ed il positivo; e se si completino le idee giuridiche del libro De uno universi iuris principio et fine uno con quelle che si rinvengono nella Scienza nuova si troverà nella stessa mente di Vico la ragione suprema di questo accordo. Il concetto fondamentale e nuovo della Scienza nuova è il principio dello sviluppo dello spirito umano (1). Lo spiegamento della ragione umana nella contingenza crea il diritto positivo. Tale è il criterio, che si rivela da Vico stesso quando dice: " L' equità naturale della ra„ gione umana tutta spiegata è una pratica della „ sapienza nelle faccende della utilità „. Vico precorre tutta la scuola storica nell' analisi delle sorgenti del diritto, assegna il giusto posto al costume, alla consuetudine, alla legislazione, e concepisce un alto di-

(1) Conf. Spaventa Introduzione allo studio della Filosofia p. 93 seg.

Digitized by Google

ritto storico, come diritto naturale delle genti, e medita secondo le sue stesse parole " un diritto „ ideale, che si celebra in una città universale nella „ idea della Provvidenza „, concepita come mente suprema, che regola lo sviluppo dei fatti storici. Vico affermando che la filosofia concepisce l'uomo quale dee essere, e la legislazione l'uomo quale è, assegna il posto alla filosofia del dritto nella idealità del diritto, ed alla legge positiva la contingente e storica sua attuazione. La legge è per Vico la volontà del legislatore, non come arbitrio e capriccio, ma come volontà dei cittadini uniformati in una idea di una ragionevole utilità. Il diritto ideale nel Vico non è dunque firma ac immota ratio, ma sviluppo e movimento entro la sfera e la realtà dei fatti storici.

Kant riconduce la nozione del diritto al complesso delle nozioni metafisiche, ed afferma la necessità di una metafisica del diritto. Kant, malgrado tutti i suoi errori, schiude il movimento della filosofia moderna, così nella sfera delle scienze teoriche, come in quella delle pratiche. Nella sfera dell'Etica il gran merito del Kant è di aver fissata l'idea dell'incondizionato, necessario presupposto di una dottrina morale affatto pura, e spoglia di ogni eudemonismo. La legge etica non può derivare se non dalla ragione, la libertà del volere costituisce l'autonomia dell'uomo, e nella libertà del volere è l'etica. La volontà è etica solo quando è libera da ogni esterno motivo. La pura ed incondizionata sottomissione ad un imperativo categorico costituisce la moralità. La legge, che determina l'azione etica, è una legge puramente formale: " Agisci secondo una massi-

Digitized by Google

„ ma, che può valere in ogni tempo come legge uni-
„ versale „. La massima adunque, come postulato etico, si rivolge non solo alla volontà, ma all' azione. La distinzione tra morale e diritto è fondata dal Kant sopra una doppia legislazione, l'una che riguarda il motivo stesso dell' azione, e lo eleva a dovere, l'altro che riguarda solo l' azione esterna. In questa sfera esterna è il diritto, come " l' insieme delle condizioni,
„ sotto le quali è possibile l' accordo dell' arbitrio di cia-
„ scuno con l' arbitrio degli altri secondo una legge uni-
„ versale della libertà „; ed è giusta quell' azione, la quale o la cui massima può coesistere con la libertà di tutti, secondo una legge universale. Come carattere costitutivo del diritto Kant ravvisa la coazione: ma è infondata l' accusa, che con ciò egli smarrisce il criterio di distinzione tra il diritto in sè, come diritto razionale, ed il diritto positivo. Kant distingue il diritto razionale, come l'insieme delle leggi, che possono dar luogo ed una legislazione esteriore, ed il diritto positivo, come l'insieme delle leggi che esistono realmente come tali. Il carattere adunque del diritto secondo Kant non è la reale e positiva coazione, ma la possibilità di essa. Il diritto naturale adunque, secondo questo profondo pensatore, riposa unicamente a priori, mentre il dritto positivo è quello che emana dalla volontà del legislatore. Però la volontà del legislatore non è arbitraria, ma sottoposta alla ragion pura, che è l' unico fondamento, come dice il Kant, di ogni possibile legislazione positiva. Nella ragion pura il giureconsulto può trovare l' unico ed universale criterio pel giusto e per l' ingiusto, che non può essere dato dall'empirismo delle

Digitized by Google

legislazioni positive. Il difetto della teoria del Kant, in conformità del difetto generale del suo sistema, è di non aver spiegato il come un diritto, derivante dalla ragion pura, tramutasi nella realtà come diritto positivo, e nel non avere nelle forme concrete del diritto positivo ravvisata la forma necessaria del diritto razionale.

È nota la posizione di Fichte rispetto a Kant riguardo al generale problema della conoscenza. Fichte rimprovera a Kant di aver considerata la ragione siccome immobile, e considera l'essere, l'obbietto della conoscenza, come puro prodotto del subbietto. L'attività dell'io che pone il non-io, e che nella sintesi costituisce l'unità, spiega secondo il Fichte la conoscenza. Nell'Etica in generale l'attività dell'io ponesi come assoluta ed indipendente libertà, la libera azione è il supremo contenuto della legge morale. L'io, come intelligente e volente, è autodeterminazione, determinazione indipendente di sè stesso. Io debbo essere realmente libero è l'imperativo categorico, che crea tutta la sfera del dovere. La legge costitutiva di tutta la morale di Fichte è la legge di dare a sè stesso la propria legge. Fichte costruisce la sua teoria giuridica, derivandola in conformità del suo idealismo assoluto, dall'attività dell'io. L'io non potrebbe porsi come non-io, se non si ponesse come libera efficienza nel mondo esteriore; ma esso debbe riconoscere, come essenza ragionevole nella forma individuale, la stessa libera efficienza nei suoi simili. Così due libere essenze, ponendosi l'una contro l'altra, riconoscono la loro identica ed uguale libertà, e si costituisce l'eguaglianza. Nel rapporto degli

Digitized by Google

individui, che si pongono come liberi, è il rapporto giuridico. Così la nozione del diritto deriva dalla ragione, dall'io, posto come attività di fronte agli individui. Fichte rompe compiutamente ogni rapporto tra morale e diritto: la legge morale impone categoricamente il dovere, la legge giuridica permette. La coazione non deriva dalla legge etica, ma da una forza fisica: la forza fisica è la sanzione del diritto. Il diritto di natura in uno stato di natura non è garentito che dalla buona fede; ma questo stato genera l'insicurezza della stessa libertà originaria. Poichè la mia libertà non è tale se non in quanto è pensata e posta l'uguale libertà negli altri, dee esservi la garentia della coesistenza delle libertà: tale garentia è la legge di coazione (la legge positiva). Per giungere a questa legge è presupposto un contratto, che stabilisce un'alta forza nello stato. I rapporti giuridici non possono adunque essere realizzati, che sotto la garentia di una legge positiva dello stato. Il vero stato di natura per l'uomo è dunque quello dello Stato, e le leggi positive debbono essere il diritto naturale realizzato. Fichte segna rispetto a Kant un progresso, riconoscendo nel dritto positivo, che egli chiama il diritto storico, la realizzazione necessaria del diritto naturale, benchè questa rimanga non chiarita pel difetto generale del sistema dell'idealismo subbiettivo.

All'io subbiettivo di Fichte Schelling contrappone l'io assoluto, come identità dell'ideale e del reale del pensiero e dell'essere; alla quale elevasi mercè una intuizione intellettuale. Senza l'io universale ed assoluto l'io individuale non è concepibile. Il precetto

Digitized by Google

etico supremo, come precetto diretto al volere individuale è: Sii assoluto, cioè trascendere l' individualità (la forma) e porsi nell' universalità (il contenuto, la materia). Nella capacità del volere individuale a porsi come universale è il diritto. L'io individuale ha bisogno di manifestare l'universale nella forma esteriore: di qui il diritto, che organizza l'assoluto universale nella forma della libertà nello stato. Lo stato è dunque l'ideale natura, l' esterno organismo della libertà, la più alta espressione dell' ideale nel reale, l' esterno organismo di una armonia, che accorda la necessità e la libertà. I rapporti giuridici, il complesso di essi rapporti, il diritto, non sono altro che il rapporto dell'organismo della libertà. Il diritto adunque è l' espressione dell' idea; e come l' organismo ideale si conforma in un meccanismo, al meccanismo dello stato riferiscesi la forma positiva del diritto. Il dritto positivo adunque, secondo lo spirito della dottrina di Schelling, risponde alla realtà del diritto, come il diritto di natura, la sua concezione razionale, all' idealità di esso. Come lo stato è un grado necessario dell' assoluto, così il dritto positivo è forma necessaria del diritto di natura. Poichè in Schelling tutta la storia non è che forma dell' io assoluto, la filosofia di Schelling offre un ideale storico, che si muove e si sviluppa.

Hegel compie lo sviluppo della filosofia in Germania nella direzione iniziata da Kant e proseguita da Fichte e Schelling. Hegel si eleva all' assoluto, mercè un processo che diventa pruova dell' assoluto e della scienza. Il mondo etico è il mondo dello spirito, che ha vinte le forme inferiori di logo e natura. La vita dell'idea

Digitized by Google

è nell' unità dell' idea e della sua esistenza. Perchè sia compresa l' idea del diritto è necessario che essa venga considerata nell' unità dell' esistenza e dell' idea: la sfera del diritto è la sfera della volontà essenzialmente libera, quindi è la sfera della libertà realizzata. Nel diritto lo spirito libero è produzione di sè stesso. La volontà e l' intelligenza non sono due facoltà diverse, ma la volontà è pensiero, è il pensiero pratico, come produzione della sua esistenza. Mentre la libertà dell' intelligenza consiste nella potenza di astrazione, la libertà della volontà è la potenza del determinarsi, del decidersi, della risoluzione, di porre sè stesso come determinato in un obbietto speciale. La volontà nel primo momento è astratta, nel secondo particolare, ma perciò stesso come concreta si fa universale. La volontà decidendosi forma l' individualità, e nella decisione e quindi nella individualità è l' esistenza della volontà. La vera idea della libertà è la volontà che prende ad obbietto sè stessa, con ciò essa diventa obbiettiva, e come volontà universale è pensiero. Poichè la vera libertà esiste nella idea e nella sua esistenza, essa presuppone il diritto, come l' esistenza della libertà, esistenza della volontà libera. Secondo Hegel il diritto non è dunque restrizione o limitazione della libertà, ma posizione della libertà, la libertà concreta ed esistente. La filosofia del diritto ha per obbietto l' idea assoluta del diritto, muove dall' idea, e dalla logica prende le leggi della sua deduzione. Lo svolgimento della libertà come esistenza, dedotta dall' idea, nei suoi gradi o momenti determina le diverse posizioni giuridiche, che Hegel riconosce nella costruzione del diritto filosofico. Il diritto naturale,

Digitized by Google

adunque (seguendo la vecchia espressione, che Hegel conserva nel titolo della sua opera) fondasi sull'idea, e presuppone un processo deduttivo. Il diritto positivo è la forma che l'idea del diritto prende nel suo svolgimento, conformandosi al carattere particolare del popolo, al quale essa è destinata ad imperare. Il diritto positivo, come il diritto svolto nella realtà, ha dall'autorità legislativa il principio del riconoscimento; mentre l'idea assoluta del diritto, come pensiero, ha il riconoscimento in sè stessa. Hegel è giunto a riconoscere il vero rapporto tra il diritto ideale (il vecchio diritto naturale) ed il diritto positivo nella distinzione tra idea e forma, ma lascia indeterminato il reale svolgimento, col quale l'idea del dritto in sè si fa dritto positivo, e concepisce erroneamente il rapporto tra la filosofia del diritto ed il diritto positivo, come un rapporto analogo a quello che corre tra le Istituzioni e le Pandette. Hegel non ha compiutamente analizzata la formazione storica del diritto positivo, e la vera natura delle sue sorgenti; egli quindi non è giunto a dedurre dal suo principio le conseguenze atte a chiarire la formazione storica del diritto positivo, come determinato dalla idea.

Gli stretti limiti, dentro i quali chiudemi la natura di questo ragionamento, non mi permettono di segnare la reazione che a tutto questo movimento si oppose sopra un duplice fondamento ed in una duplice direzione, cioè dal punto di vista teologico e dal punto di vista storico. Ma in rapporto alla concezione filosofica della relazione tra il diritto naturale ed il diritto positivo importa il segnare, che la scuola storica rile-

Digitized by Google

vando e studiando l'elemento storico nel diritto fu tratta ad una concezione profonda sulla natura del diritto positivo. Secondo la scuola storica il diritto non è produzione arbitraria del legislatore, come volontà senza norma, ma produzione dell' attività dello spirito del popolo. È nella coscienza del popolo che si elabora il diritto, che dee valere come diritto vigente, e la consuetudine e la legislazione non sono che le varie forme, dentro le quali si rivela il diritto di un dato popolo. Anzi la coscienza giuridica di un popolo trova nella scienza del diritto la sua più alta riflessione, e la classe dei giuristi ne è la rappresentanza. Così si concepisce dalla scuola storica un supremo diritto della scienza. Ma il principio della scuola storica è insufficiente come principio supremo e filosofico, e la scuola storica non intendeva di costruire una filosofia del diritto. Geyer ha ragione quando dice che la definizione del diritto nelle Pandette del Puchta: " il diritto è la convinzione comune delle „ istituzioni esistenti nella comunanza giuridica „ è falsa perchè fa rientrare nella definizione ciò che debbe essere definito (1). Puchta però non intende ivi definire il diritto in sè, ma il diritto positivo; difatti il dritto positivo è l' espressione della convinzione giuridica di un popolo. Spetta alla filosofia del diritto chiarire il predicato giuridico, derivandolo da un più alto principio.

Il risultato, al quale ci ha condotto questo rapido svolgimento storico del concetto del diritto naturale nel rapporto al concetto del diritto positivo, mena a riconoscere la necessità di un principio genetico, che spieghi

(1) Ges. u. Sys. der Rechtsphi. p. 98.

Digitized by Google

non pure la deduzione logica del diritto, ma la sua reale costruzione nelle forme del diritto positivo. Si è nella relazione tra l' idea e la realtà, concepite in una suprema categoria, nel vecchio concetto di Aristotile, nel movimento, che è possibile trovare la genesi del diritto, come è dato dall' idea, e del diritto quale si rivela nella realtà storica. Il diritto, come norma e garentia suprema dell' azione nei suoi rapporti al tutto etico, deriva dall' idea, esiste come attività assoluta di essa, atto di libertà e volontà suprema. L'idea del diritto è dunque una forza ed una energia (usando una espressione di Aristotile), e come forza ed energia è movimento. Come l' idea nella sua evoluzione si eleva ad una suprema forma organica mercè il movimento, così l' idea del diritto nelle sue varie determinazioni per l' energia ed il movimento crea le categorie giuridiche, le determinazioni ideali dell'organismo giuridico. Ma poichè il movimento è comune all' idea ed alla realtà, e vi ha un movimento ideale come un reale movimento, ed un movimento che è la verità dell'uno e dell' altro, come idea che crea la realtà, ed in essa si muove; l' idea del diritto crea la realtà dell' ordine giuridico, la forma concreta di essa, quale si rattrova nel diritto positivo. È dunque il movimento che spiega la genesi del diritto e la sua realizzazione. La materia, sulla quale cade il movimento del principio ideale del diritto, come comando, è determinato dalla natura, è il popolo, come essere naturale. Il popolo non è però soltanto un essere naturale, ma una essenza etica, è la realizzazione dell' idea umana, e quindi dell' idea etica, nella forma individuale. Il popolo è pensiero e

Digitized by Google

coscienza: il pensiero determinante dell'idea del diritto muovesi nel pensiero del popolo, e forma lo spirito giuridico del popolo. L'idea giuridica, che diventa subbiettiva nel popolo, che in esso si svolge e si forma, è il dritto positivo. Il diritto positivo è dunque il diritto concreto, pensato e formato nella coscienza di un dato popolo; e poichè l'attività pratica del pensiero è la volontà, il diritto positivo (conformemente alla vecchia veduta dei nostri antichi) affermasi come volontà del popolo. L'atto di costituzione del diritto positivo (quod quisque populus ipse sibi ius constituit) è atto di libertà del popolo, autodeterminazione. Se l'idea giuridica, come determinazione ideale, muovesi nella coscienza spontanea del popolo, il diritto positivo assume la forma della consuetudine: se si elabora nella coscienza nazionale e si manifesta come determinazione e decisione suprema dell'organismo del popolo, lo stato, che rappresenta nella funzione dei poteri il popolo stesso nel suo organismo, l'idea giuridica prende la forma del diritto legislativo. L'idea giuridica, pensata dallo spirito del popolo e fatta concreta, modificasi secondo le determinazioni contingenti di esso, determinazioni, che in quanto sono segnate dalla natura potrebbero dirsi condizioni naturali (lingua, tradizioni, usi, costumi, posizione geografica). Il dritto adunque dal suo lato puramente razionale trova le leggi del suo svolgimento nell'idea, dal lato naturale nella contingenza. Il diritto positivo o storico, come diritto di un dato popolo o di un certo stato, è dunque sottoposto da un lato a leggi ideali, e dall'altro a leggi naturali, siccome lo stato, che secondo il concetto pro-

Digitized by Google

fondo dello stesso Aristotile, è un istituto che non solo ha le sue basi etiche, ma anche i suoi elementi naturali. In questo senso io concepisco il dritto positivo come la forma concreta e reale del diritto ideale, come la forma pensata e cosciente in un dato popolo. La realizzazione è necessaria nella sua legge generale: non vi ha un diritto ideale, che non si muova nella realtà concreta e nella forma positiva, contingente ed accidentali, nelle limitazioni della naturalità umana. Così il pensiero giuridico di un certo popolo non realizza che solo un dato grado dell' idea; l' idea nell' infinita potenzialità del suo contenuto crea successivamente nuove e più perfette forme, ed è eterna la spinta al progresso della legislazione. Il movimento ideale ed il movimento psicologico del diritto nella coscienza del popolo diventano così movimento ideale storico, e segnano la legge generale che domina le varie legislazioni. Riconoscere l'idea concreta, che è a base di una data legislazione, il suo passaggio ad una nuova determinazione ideale e quindi ad una nuova forma, è il compito della filosofia della storia applicata alla storia del diritto: riconoscere l'idea concreta, che forma la base delle legislazioni vigenti, è il compito della filosofia del diritto positivo. Si è in forza di questo speciale lato della filosofia del diritto che la scienza dell' idea assoluta del diritto entra nelle pratiche applicazioni, e nella vita concreta di un dato popolo. Così quando il nostro Codice nell' art. 3 delle disposizioni preliminari rinvia ai principii generali del diritto, come fonte suppletiva di interpetrazione, quei principii non sono che la forma concreta della idea giuridica, posta a base della nostra legislazione. Non è dunque un

Digitized by Google

diritto naturale astratto, ma il diritto pensato e cosciente nello spirito del legislatore, che può essere l'ultima fonte di interpetrazione. Con ciò si accorda la osservazione del Savigny sulla interpetrazione del §. 7. del codice austriaco, che designa espressamente il diritto naturale, come fonte sussidiaria del diritto vigente.

Signori,

Designando i rapporti, che passano tra il diritto ideale ed il positivo, io ho implicitamente determinato il campo della filosofia del diritto. L'obbietto della filosofia del diritto è l'idea assoluta del diritto, non come inerte, ma come energia e movimento. La forma concreta e necessaria, la realtà positiva del diritto, entra nella sua trattazione, che debbe accogliere l'idealità concreta, l'ideale nel reale. Tutta la materia storica, come generale ed universale, rientra dunque nella sua trattazione. Non è dunque un ammasso di fatti storici o di osservazioni empiriche, che costituisca la materia concreta, entro la quale dee muoversi il pensiero filosofico, ma la materia storica universaleggiata, la materia storica, come la realtà, dentro la quale il principio ideale si particolarizza, e si sviluppa. La scienza concepisce un modello sempre più perfetto; ma non dee pretendere di dettare un codice eterno del diritto ideale. L'istesso ideale si sviluppa, l'istessa filosofia del di-

Digitized by Google

ritto è in movimento come scienza, e noi non ammettiamo che la speculazione in generale sia stata fissata da questo o da quel pensatore. Una accusa si è levata da taluni contro la forma moderna della filosofia del diritto, cioè che essa sia rivoluzionaria: che la filosofia del diritto guardando all' ideale sia nemica della realtà storica, e quindi pericolosa; e si è notata la connessione della vecchia scuola del diritto naturale con la rivoluzione francese. Non è possibile ammettere questa esagerata pietà storica. È un diritto del pensiero la critica delle forme giuridiche esistenti e l' aspirazione ad una forma legislativa più perfetta. Se l' accusa di rivoluzionario fosse sempre obbrobriosa, noi non dovremmo ricordare con orgoglio, ciò che ora affermiamo come la nostra più alta gloria, la costituzione della gran patria italiana. Se siamo a Roma, liberi cittadini di un gran paese, lo dobbiamo a principii dannati dai vecchi governi, come principii rivoluzionarii, aspirazioni di uomini pericolosi, di intelligenze febbrili. Ma la vera filosofia del diritto non è rivoluzionaria, ma riformatrice. Deesi alla filosofia moderna del diritto, se si è rilevata l' idea dello stato, se si è concepito come un alto organismo etico, come alta potenza etica. Ubbidendo alla legge dello stato e sottoponendosi alla sua coazione, l' uomo è sottoposto ad un imperativo etico, che rafferma la sua libertà nella libertà del tutto etico. Tale è l' ideale, che la filosofia del diritto più moderna ripresenta in armonia dell' ideale classico dello stato, del concetto di stato in Grecia ed a Roma; ed in nome di questo ideale ricorda al singolo non solamente i suoi diritti, ma il suo supremo dovere verso lo stato. Questa

Digitized by Google

teoria accoglie il vero principio di ordine, come la garentia della libertà, e confido che voi, o giovani, respingerete ogni accusa, che si osasse muovere alla nobilissima scienza, che io, senza merito, sono chiamato ad insegnare, e che voi, pieni di vita e di speranza, siete chiamati ad apprendere.

FINE.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google